

besondere des Beschleunigungsgebots – mittels Gegenvorstellung<sup>24</sup> oder Untätigkeitsbeschwerde<sup>25</sup> zu rügen. Auch für Kindschaftssachen wird in der Kammerrechtsprechung zum Teil eine gesetzlich nicht geregelte Untätigkeitsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf weiterhin bejaht<sup>26</sup>.

Damit ergibt sich der Befund: Das Terrain rund um Verfahrensrechtsschutz und Rechtsmittelklarheit ist nicht so klar vermessen, wie von der 3. Kammer des Ersten Senats angenommen, und zwar weder in Karlsruhe noch in der Praxis der Fachgerichte. Die Kammerrechtsprechung wird im Gegenteil als „diffus“ empfunden. Wünschenswert ist angesichts der entstandenen Situation eine Senatsentscheidung, um die vielen Unsicherheiten zum Rechtsschutz bei der Verletzung von Verfahrensgrundrechten zu klären<sup>27</sup>.

### III. Ausblick

Es bleibt die Frage, ob sich der Handlungsbedarf für den Gesetzgeber erledigen würde, wenn die hier zu besprechende Entscheidung „Schule machen“ und die Kammern einheitlich dazu übergehen würden, unmittelbare Verfassungsbeschwerden wegen Verletzung des Rechts auf angemessene Verfahrensdauer großzügig anzunehmen und auch rasch zu entscheiden. Für den Individualrechtsschutz wäre dann sicherlich etwas erreicht. Könnten aber mit einer derartigen Entwicklung der Kammerpraxis auch die internationalen Verpflichtungen Deutschlands eingelöst werden?

Nach der Rechtsprechung des EGMR ist die Verfassungsbeschwerde kein „wirksamer Rechtsbehelf“ i. S. des Art. 13 EMRK, um den Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Zeit gem. Art. 6 I EMRK durchzusetzen. Ein Betroffener kann auf diesem Weg – ebenso wie mit der Dienstaufsichtsbeschwerde nach § 26 DRiG – derzeit weder die Beschleunigung eines konkreten Verfahrens noch Kompensation für schon eingetretene Verzögerungen verlässlich erreichen<sup>28</sup>. Das wäre aber – auch aus der Sicht des EGMR – möglicherweise anders zu beurteilen, wenn das BVerfG die Verfassungsbeschwerde durchgängig als rasches und unmittelbar greifendes Rechtsschutzinstrument gegen überlange Verfahrensdauer handhaben würde. Das europäische Ausland liefert dafür Anschauungsbeispiele, die der EGMR auch als effektiv eingestuft hat<sup>29</sup>. Eine solche Praxis der Kammerrechtsprechung stünde aber im Widerspruch zum Plenarbeschluss

von 2003 und zu dem dort angemahnten Vorrang des fachgerichtlichen Rechtsschutzes. Bedenkt man die Auswirkungen auf den Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, so ist kaum zu erwarten, dass sich die aktuelle Linie der 3. Kammer des Ersten Senats durchsetzen wird.

Der Gesetzgeber bleibt also in der Pflicht. Ein Expertensymposium im Bundesministerium der Justiz Anfang Oktober 2007 hat das bestätigt. Umfangreiche Vorarbeiten sind geleistet<sup>30</sup>. Die Konzeptionsfindung gestaltet sich aber – wie eingangs erwähnt – schwierig. Die gesetzliche Lösung muss vermitteln zwischen effektivem Rechtsschutz einerseits und den Belangen der gerichtlichen Praxis andererseits. Sie muss dem Bürger den Weg zum Fachgericht öffnen, wenn ein Verfahren überlang zu werden droht, und zwar unabhängig davon, ob hier vorwerfbare Säumnis des Richters ursächlich ist oder ein strukturelles Problem, auf das der Bearbeiter keinen Einfluss hat<sup>31</sup>. Sie darf aber nicht zum Missbrauch einladen und so für die Rechtspflege als Ganzes mehr Nachteile als Vorteile bringen. Welches Konzept – an Stelle des früher vorgeschlagenen „Tu-Was-Rechtsbehelfs“ – tauglich erscheint, um all dies in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen, ist noch offen.

- 24 BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), StV 2006, 652; die Statthaftigkeit der Gegenvorstellung soll jetzt auf Initiative des BFH vom GmS-OGB geklärt werden, s. Vorlagebeschluss, NJW 2008, 543, m. krit. Kommentaren von Rüsken, NJW 2008, 481; Zuck, ZRP 2008, 44.
- 25 BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 6. 11. 2006 – 2 BvR 2166/06; s. auch BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), NJW 2005, 3488 Rdnr. 17.
- 26 BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), NJW 2005, 2685 Rdnrn. 28 f.; BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), NJW 2005, 1105 Rdnrn. 24 ff.; NJW 2004, 835 Rdnrn. 8 ff.
- 27 Zuck, ZRP 2008, 44 (47).
- 28 Vgl. EGMR, NJW 2006, 2389 Lse. 4, 5 u. Nrn. 103 ff.
- 29 Vgl. Luczak, Wirksame Beschwerdemöglichkeiten i. S. des Art. 6 I, 13 EMRK, Rechtsvergleich im Auftrag des BMJ, April 2006, S. 38 ff. zu Spanien (s. Anlage zur Antwort der BReg. auf die Kleine Anfrage der FDP v. 28. 12. 2007, BT-Dr 16/7655).
- 30 Näher Steinbeiß-Winkelmann, ZRP 2007, 177 (179 f.).
- 31 Vgl. EGMR, NJW 2006, 2389 (2393) Rdnr. 129; ebenso BVerfGE 36, 264 (275) = NJW 1974, 307; BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), NJW 2005, 3488 Ls. 1 d; BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), NJW 2006, 668 Ls. 7.

Professor Dr. Christian Huber, Aachen

## Pauschalierte Nutzungschädigung bei Überlassung eines Kfz zum Freundschaftspreis?\*

### I. Einleitung

Der BGH hatte es mit einem durchaus alltäglichen Sachverhalt zu tun:

Ein Geschäftsführerfahrzeug wurde beschädigt. Die Einstandspflicht des Ersatzpflichtigen stand fest. Die Werkstatt stellte dem Geschädigten ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug für 82 Tage zur Verfügung – wenige Tage nach dem Unfall bis zum Abschluss der Reparatur – und das zu einem Freundschaftspreis von 1500 Euro. Der Geschädigte wollte seinen Nutzungsausfallschaden demgegenüber zu der sich aus der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch ergebenden pauschalen Nutzungsausfallschädigung von 91 Euro pro Tag abrechnen. Das ergab 7462 Euro, somit circa das Fünffache.

Ob ein solches Begehren berechtigt ist, hängt von der Beantwortung zweier Fragen ab: Kann der Geschädigte bei einem gewerblich genutzten Fahrzeug überhaupt eine pauschalierte Nutzungschädigung verlangen? Sollte das zu bejahen sein, steht ihm Ersatz auch dann zu, wenn er keine Ge-

brauchsentbehrung erlitten hat, weil ein Dritter ihm ein Ersatzfahrzeug zu einem Freundschaftspreis zur Verfügung gestellt hat? Der BGH hat die erste Frage bejaht, jedenfalls ausgesprochen, dass er dazu „neigt“, die zweite aber verneint, was zur Abweisung des Begehrens führte.

### II. Der Nutzungsausfallschaden bei Restitution und Kompensation

Im Schadensrecht ist zu unterscheiden, ob es dem Geschädigten darauf ankommt, dass der reale Zustand hergestellt wird (Restitution) oder bloß die durch das schädigende Ereignis gerissene Vermögenslücke aufgefüllt werden soll (Kompensa-

\* Besprechung von BGH, Urt. v. 4. 12. 2007 – VI ZR 241/06, NJW 2008, 913 (eine Klarstellung zu BGHZ [GS] 98, 212 = NJW 1987, 50). – Der Autor ist Professor an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht.

tion). Ausprägungen der Naturalrestitution sind die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs bzw. der Rückgriff auf die eigene Betriebsreserve. Ersatzfähig sind die konkret aufgewendeten – angemessenen – Mietwagen- bzw. die meist nach einer Tabelle ermittelten Vorhaltekosten. Bei einem Unternehmer schlägt sich die Gebrauchsentbehrung seines Fahrzeugs im entgangenen Gewinn nieder, was zu dessen Ersatz nach § 252 BGB führt. Dem Verbraucher, bei dem angenommen wird, dass er für seine eigenwirtschaftliche Lebensführung typischerweise auf das Auto angewiesen ist, räumt der BGH eine pauschalierte Nutzungsentschädigung ein, wenn der Gebrauchsverlust für ihn fühlbar war<sup>1</sup>. Abgelehnt wird eine abstrakte Nutzungsentschädigung sowie eine Abgeltung für den Verlust der bloßen Dispositionsbefugnis<sup>2</sup>. Angestrebt wird eine Annäherung an die Kriterien, die bei einem Unternehmer bei § 252 BGB zu beachten sind.

### III. Unterschiedliche Interpretationen in Bezug auf die Reichweite der pauschalierten Nutzungsentschädigung

Der *Große Senat*<sup>3</sup> entschied, dass nicht nur bei Kraftfahrzeugen, sondern auch bei einem selbst genutzten Wohnsitz der Geschädigte eine pauschalierte Nutzungsentschädigung begehren könne. Er generalisierte das für Güter, auf deren *ständige Verfügbarkeit* der Geschädigte für seine *eigenwirtschaftliche Lebensführung* angewiesen ist. Während das Gesetz für Beeinträchtigungen im produktiven Bereich einen Ersatz des Gewinnentgangs in § 252 BGB vorsehe, gebe es keine ausdrückliche gesetzliche Norm für den eigenwirtschaftlichen Bereich. Da der Verbraucher aber eine ähnliche Beeinträchtigung erleide, sei eine Rechtsfortbildung vorzunehmen und die entsprechende Einbuße als Vermögensschaden zu qualifizieren. Über die Reichweite dieser Entscheidung gibt es unterschiedliche Ansichten<sup>4</sup>:

In der Judikatur<sup>5</sup> und Literatur<sup>6</sup> wurde die Ansicht vertreten, dass damit die Möglichkeit der pauschalierten Nutzungsentschädigung auf Fälle der Gebrauchsentbehrung eines Verbrauchers bei Kfz und Wohnsitz begrenzt sei. Die darüber hinausgehende Judikatur<sup>7</sup>, die eine solche Möglichkeit auch bei Unternehmern und Behörden unter gewissen Voraussetzungen zugelassen hatte, sei damit obsolet.

Die Gegenposition<sup>8</sup> verwies demgegenüber darauf, dass der *Große Senat* lediglich zur Frage Stellung genommen habe, ob die bis dahin bestehende Judikatur des *VI. Senats* zur pauschalierten Nutzungsentschädigung eines Fahrzeugs des Verbrauchers auf weitere Sachen übertragbar sei. Das wurde für den selbst genutzten Wohnsitz bejaht; die Judikatur zum Gebrauchsentgang eines Kfz wurde bestätigt. Keine Stellungnahme erfolgte indes zur pauschalierten Nutzungsentschädigung von Behördenfahrzeugen sowie gewerblich genutzten Kraftfahrzeugen.

Ähnlich wie bei einer Privatperson kommt es in solchen Fällen dazu, dass ein Gewinnentgang gar nicht eintritt oder allenfalls mit unverhältnismäßigen Mitteln feststellbar ist, der Geschädigte aber eine fühlbare Beeinträchtigung wie eine Privatperson erleidet. Vor der Entscheidung des *Großen Senats* hatte der BGH<sup>9</sup> bei gewerblich genutzten Fahrzeugen eine Verweisung auf die konkret erlittene Gewinneinbuße davon abhängig gemacht, dass das beschädigte Fahrzeug *unmittelbar der Gewinnerzielung* diene. Die Begrifflichkeit mag wenig glücklich sein, soll doch jedes Wirtschaftsgut eines Unternehmers zur Gewinnerzielung beitragen. Worum es der Sache nach geht, ist aber durchaus plausibel: Es gibt Fahrzeuge, bei denen lässt sich ein Einnahmenausfall ohne Weiteres ermitteln, zum Beispiel bei einem Taxi oder Transportfahrzeug eines Fuhrunternehmens<sup>10</sup>. Bei einem *innerbetrieblichen Direktionswagen*<sup>11</sup> ist das freilich anders. Bei einem Behördenfahrzeug, etwa der Polizei, ist ein Gewinnentgang nicht ermittelbar, weil die Tätigkeit eines solchen Geschädigten nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist.

### IV. Schwenk des BGH in die großzügige Richtung – Auswirkungen für Behördenfahrzeuge

In der Entscheidung vom 4. 12. 2007<sup>12</sup> schließt sich der BGH der Meinung an, die auch einem Unternehmer in den genannten Fällen eine pauschalierte Nutzungsentschädigung zubilligt. Das ist zu begrüßen. Der *Große Senat* wollte in der Tat lediglich zur Frage Stellung nehmen, bei *welchen Gütern* dem Verbraucher eine pauschalierte Nutzungsentschädigung zusteht. Die Berufung der „Reduktionisten“ auf den *Großen Senat* ist insoweit fehl am Platz. Die Zubilligung einer pauschalierten Nutzungsentschädigung kann aber auch der Sache nach gut begründet werden. Solche Geschädigte sind in einer dem *Verbraucher* durchaus *vergleichbaren Position*. Ihre „Lebensführung“ bzw. die Ausübung ihrer Tätigkeit ist von einem funktionstüchtigen Fahrzeug abhängig<sup>13</sup>. Die Rechtsfortbildung, auch eine Gebrauchsbeeinträchtigung solcher Geschädigter als Vermögensschaden zu qualifizieren, ist folgerichtig und verdient Beifall.

Und wenn das für den Unternehmer so ist, der seine Gewinneinbuße mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln nicht nachweisen kann, muss das *erst recht* für eine *Behörde* gelten, deren Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist<sup>14</sup>. Jede gemeinnützige Organisation in den gleichen Topf zu werfen<sup>15</sup>, ist freilich überschießend. Bei dieser kommt es darauf an, ob durch den Ausfall eines Fahrzeugs ein Einnahmenausfall verursacht wird, wie das bei einem Krankentransporter des Roten Kreuzes der Fall sein wird<sup>16</sup>. Dass eine solche Organisation *keinen Gewinn* erzielen will, sondern nur *Kostendeckung* anstrebt, spielt für das Schadensersatzrecht keine Rolle. Wird ihr der Einnahmenausfall – abzüglich der ersparten Kosten – ersetzt, steht sie vermögensmäßig gerade so, als hätte der Unfall nicht stattgefunden. Eine Pauschalierung ist nicht geboten; insoweit hat es beim Erfordernis des Nachweises des konkreten rechnerischen Schadens zu bleiben<sup>17</sup>.

1 So seit BGHZ 40, 345 = NJW 1964, 542.

2 BGHZ 98, 212 = NJW 1987, 50; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 348 = NZV 1993, 65; NZV 1995, 402; Born, NZV 1993, 1 (7).

3 BGHZ 98, 212 = NJW 1987, 50.

4 Zeuner, NZV 1990, 349 (350).

5 OLG Hamm, r+s 1999, 458; NJW-RR 2001, 165; NJW-RR 2004, 1094; OLG Düsseldorf, NJW 2002, 971; OLG Karlsruhe, OLG-Report 2006, 659.

6 Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl. (2008), Vorb. § 249 Rdnr. 24 a; Oetker, in: MünchKomm, 5. Aufl. (2007), § 249 Rdnr. 64; Greger, HaftungsR d. Straßenverkehrs, 2007, § 25 Rdnr. 52; Wenker, VersR 2000, 1082 (1083); zwischen Unternehmern und Behörden differenzierend Himmelreich/Halm/Schmelcher, Hdb. d. Fachanwalts VerkehrsR, 2006, Kap. 5 Rdnr. 54.

7 BGHZ 70, 199 = NJW 1978, 812; BGH, NJW 1985, 2471.

8 KG, NZV 1992, 29 m. Anm. Völtz; OLG München, NZV 1990, 348 m. Anm. Zeuner; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 348 = NZV 1993, 65; OLG Düsseldorf, OLG-Report 2001, 453 = ZfS 2001, 546 m. Anm. Diehl; OLG Stuttgart, NZV 2005, 309; NJW 2007, 1696; OLG Schleswig, OLG-Report 2005, 601; Born, NZV 1993, 1 (6); Reitenspiess, DAR 1993, 142 (145).

9 BGHZ 70, 199 = NJW 1978, 812 – Linienbus; BGH, NJW 1985, 2471 – Krankentransportfahrzeug der Bundeswehr.

10 OLG Köln, NZV 1997, 311; OLG Düsseldorf, NZV 1999, 472; KG, NZV 2007, 244; anders aber beim betriebsinternen Werksverkehr, so zutr. Reitenspiess, DAR 1993, 142 (143).

11 So das Bsp. in BGHZ 70, 199 = NJW 1978, 812.

12 NJW 2008, 913.

13 Reitenspiess, DAR 1993, 142 (145).

14 Ähnl. Zeuner, NZV 1990, 349 (350), im Verhältnis zum Vermögensschaden des Verbrauchers.

15 BGHZ 70, 199 = NJW 1978, 812 (freilich bloß obiter dictum); Himmelreich/Halm/Schmelcher (o. Fußn. 6), Kap. 5 Rdnr. 56.

16 Insofern i. E. zutr. OLG Hamm, NJW-RR 2004, 1094.

17 So auch Geigell/Knerr, Der Haftpflichtprozess, 25. Aufl. (2008), Kap. 3 Rdnr. 102.

## V. Anforderungen an die Darlegung

Bei § 252 BGB kommt dem Unternehmer zwar nach Satz 2 eine Beweiserleichterung zugute; die Rechtsprechung verlangt freilich den Nachweis, dass der Ausfall des *jeweiligen* Fahrzeugs zu einer Gewinneinbuße geführt hat<sup>18</sup>. Gab es in der betreffenden Periode eine Unterauslastung, wird eine Gewinneinbuße versagt<sup>19</sup>. Da die pauschalierte Nutzungsschädigung sich an diesen Grundsätzen zu orientieren hat, ist zu beachten, dass für einen Verbraucher, einen Unternehmer, dessen Fahrzeug nicht unmittelbar der Gewinnerzielung dient, oder eine Behörde ähnliche Anforderungen auf der Beweisebene zu gelten haben. Wie der Unternehmer seine *Gewinneinbuße* haben die „Gleichgestellten“ die *Fühlbarkeit* der Gebrauchsentbehrung nachzuweisen<sup>20</sup>. Jedenfalls ist der Beweis zu erbringen, dass das Fahrzeug in dieser Phase eingesetzt worden wäre<sup>21</sup>. Hat es aber damit sein Bewenden – oder muss der Geschädigte die Fühlbarkeit der Beeinträchtigung durch *einzelne konkrete Umdispositionen* belegen?

Bei einem Verbraucher werden an den Nachweis einer fühlbaren Beeinträchtigung keine allzu hohen Anforderungen gestellt<sup>22</sup>; diese wird vermutet<sup>23</sup>. Demgemäß sind an den Unternehmer sowie die Behörde ebenfalls nur *maßvolle Anforderungen* zu stellen<sup>24</sup>. Ein Indiz für die Fühlbarkeit könnte sein, dass der Geschädigte ohne Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht berechtigt gewesen wäre, ein Fahrzeug auf Rechnung des Ersatzpflichtigen anzumieten<sup>25</sup>. Wo die Anmietung nicht in Betracht kommt, weil es sich um ein am Markt nicht erhältliches Spezialfahrzeug handelt, muss der Nachweis von Umdispositionen, die über der Gefährdungsschwelle liegen, ausreichen.

Die Gleichbehandlung muss folgerichtig auch bei Rückgriff auf ein Ersatzfahrzeug gelten. In einem solchen Fall gebühren dem Geschädigten die Vorhaltekosten. Warum ein Verbraucher anders als ein Unternehmer oder eine Behörde bei Aktivierung seines Zweitfahrzeugs entschädigungslos bleiben soll<sup>26</sup>, ist nicht einzusehen<sup>27</sup>. Dass der Unternehmer den entsprechenden Wertverzehr wegen seines Rechnungswesens belegen kann, der Verbraucher über ein solches aber nicht verfügt, ist keine tragfähige Grundlage für eine unterschiedliche Behandlung<sup>28</sup>. Dass jemand, der sein Restitutionsinteresse betätigt, geringer entschädigt wird als einer, der nach dem Kompensationsinteresse Ersatz begehrt, ist eine Widersprüchlichkeit, die dem ansonsten so folgerichtigen deutschen Schadensrecht fremd ist; diesem Aspekt kann aber an dieser Stelle aus Platzgründen nicht weiter nachgegangen werden.

## VI. Entlastung des Ersatzpflichtigen wegen der Bereitstellung eines Fahrzeugs zu einem Freundschaftspreis durch die Werkstatt

Der BGH hat in der Entscheidung vom 4. 12. 2008<sup>29</sup> das Begehren abgewiesen, weil der Geschädigte keine Gebrauchsentbehrung erlitten hat. Bei *mechanischer Betrachtung* ist das zutreffend. Gerade das Schadensrecht ist aber von normativen Wertungen geprägt. Der Gesetzgeber hat das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung bei einer Detailfrage des Personenschadens in § 843 IV BGB geregelt. Dieses Rechtsinstitut ist aber nicht auf den Personenschaden beschränkt, sondern auch beim Sachschaden zu beachten<sup>30</sup>. Das hat der BGH in einer früheren Entscheidung<sup>31</sup> auch im vorliegenden Sachzusammenhang beachtet. Er hat ausgesprochen, dass die *unentgeltliche* Bereitstellung eines Fahrzeugs nicht den Schädiger entlasten soll. Erfolgt diese freilich gegen eine *symbolische Gegenleistung* oder einen *Freundschaftspreis*, soll dieser Grundsatz dann nicht mehr gelten? Wo verläuft die Grenze zwischen Entgegenkommen und Freundschaftspreis einerseits und zumutbarem günstigen Marktpreis andererseits?

Maßgeblich ist meines Erachtens, ob ein solcher Geschädigter ein derartiges Fahrzeug zum konkreten Preis ohne Weiteres auf dem Markt anmieten kann. Sollte das zu verneinen sein und liegt im Freundschaftspreis ein Entgegenkommen gegenüber dem Geschädigten, wäre es kaum nachvollziehbar, dass bei unentgeltlicher Bereitstellung des Fahrzeugs durch die Werkstatt der Geschädigte die volle Nutzungsschädigung von 7462 Euro verlangen könnte, bei einem Freundschaftspreis der Geschädigte sich aber mit diesem zufrieden geben müsste.

Zu bedenken ist im vorliegenden Sachverhalt, dass der Geschädigte ein *gleichwertiges Mietfahrzeug* in Anspruch genommen hat, für das der Vermieter auch ein angemessenes Entgelt hätte in Rechnung stellen können. Da die abstrakte Nutzungsschädigung circa 30% der Mietwagenkosten ausmacht, hätte die Werkstatt an Stelle des Freundschaftspreises von 1500 Euro auch 24 873 Euro<sup>32</sup> verlangen können. Sofern dem Geschädigten nicht vorwerfbar ex ante erkennbar gewesen wäre, dass die Anschaffung eines Interimfahrzeugs billiger gewesen wäre, wären diese Kosten überwälzbar gewesen. Was der Geschädigte verlangt hat, war demgemäß durchaus moderat. Bei Beachtung des im Schadensrecht allgemein anerkannten Grundsatzes des versagten Vorteilsausgleichs hätte jedenfalls die begehrte Nutzungsschädigung von 7462 Euro zuerkannt werden müssen.

## VII. Handlungsbedarf für die Verfasser von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Autohäuser und Werkstätten

Steht fest, dass der Dritte – hier die Werkstatt – mit ihrer Leistung den Schädiger nicht entlasten, sondern dem Geschädigten etwas Gutes tun wollte, kann es für das Ausmaß der Ersatzpflicht auf die jeweilige vertragliche Absprache zwischen dem Geschädigten und dem Dritten letztlich nicht entscheidend ankommen. Maßstab des § 249 II 1 BGB ist der *zur Herstellung erforderliche Geldbetrag*. Gleichwohl kommt der konkreten Gestaltung häufig Indizcharakter zu. Durch eine abweichende vertragliche Vereinbarung hätten die Weichen in Richtung einer weitergehenden Durchsetzung als des pauschalierten Nutzungsausfallschadens gestellt werden können. Vor allem ein Verstoß gegen das stets verpönte Bereicherungsverbot, wonach der Geschädigte durch den Schadensfall nicht verdienen soll, hätte sich relativ leicht vermeiden lassen.

Die Werkstatt wäre gut beraten gewesen, mit dem Geschädigten zu vereinbaren, ihm das Fahrzeug zum *marktüblichen*

18 OLG Brandenburg, OLG-Report 1996, 76; OLG Köln, NZV 1997, 311; KG, NZV 2007, 244.

19 OLG Düsseldorf, NZV 1999, 472.

20 Geigel/Knerr (o. Fußn. 17), Kap. 3 Rdnr. 97.

21 BGH, NJW 1985, 2471: Abweisung des Begehrens wegen Misslingens dieses Beweises.

22 Born, NZV 1993, 1 (7).

23 Sanden/Völtz, SachschadenR des Kraftverkehrs, 8. Aufl. (2006), Rdnr. 209.

24 OLG Düsseldorf, OLG-Report 2001, 453 = ZfS 2001, 545 m. Anm. Diehl; Reitenspiess, DAR 1993, 142 (145): von überobligationsgemäßen Anstrengungen dem ersten Anschein nach im Regelfall auszugehen; strenger hingegen Völtz, NZV 1992, 29; OLG Köln, NZV 1995, 401; DAR 2005, 286; VGH Mannheim, NVwZ 2001, 344: Ersatzanspruch der öffentlichen Hand gegen einen Beamten.

25 Ahnl. Oetker, in: MünchKomm (o. Fußn. 6), § 249 Rdnr. 71: Würde ein wirtschaftlich vernünftig denkender Geschädigter eine Anmietung erwägen, auch wenn er Kosten selbst tragen muss.

26 So aber BGH, NJW 1976, 286; Steffen, in: RGRK, 12. Aufl. (1982), § 823 Rdnr. 445; Oetker, in: MünchKomm (o. Fußn. 6), § 249 Rdnr. 73; Sanden/Völtz (o. Fußn. 23), Rdnr. 213.

27 Wie hier Born, NZV 1993, 1 (5).

28 Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung, 2. Aufl. (1995), S. 439.

29 NJW 2008, 913.

30 Pauge, Homburger Tage, 2006, S. 7 ff.

31 BGH, NJW 1970, 1120; so auch OLG Celle, SP 1996, 11; van Bühren/Lemcke, Anwaltshdb. VerkehrsR, 2003, Teil 3 Rdnr. 263; Geigel/Knerr (o. Fußn. 17), Kap. 3 Rdnr. 97; Oetker, in: MünchKomm (o. Fußn. 6), § 249 Rdnr. 73; Wenger, MDR 1997, 798.

32 Das ist das 16,5-fache!

Mietentgelt zur Verfügung zu stellen, aber für den Fall der Ablehnung der Ersatzpflicht des gegnerischen Haftpflichtversicherers sich mit einem Freundschaftspreis zu begnügen. Eine solche *Tarifspaltung* muss zulässig sein.

In einer älteren Entscheidung<sup>33</sup> hatte die Ehefrau dem Ehemann ihr Fahrzeug zum marktüblichen Entgelt gewerblicher Autovermieter überlassen. Der BGH hat das insofern korrigiert, als er an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat, um festzustellen, ob das an die Ehefrau entrichtete Entgelt marktkonform war, woran Zweifel bestanden, weil die Leistung etwa wegen des Alters des Fahrzeugs gegenüber der eines gewerblichen Anbieters zurückgeblieben sein könnte. Ein entsprechender Maßstab ist bei der Werkstätte anzulegen. Maßgeblich ist, zu welchen üblichen Konditionen sie das Fahrzeug auf dem Markt hätte vermieten können. Aus dem Sachverhalt der Entscheidung vom 4. 12. 2008<sup>34</sup> ergeben sich keine Anhaltspunkte, warum die Werkstätte nicht auch ein marktübliches Entgelt hätte verlangen können.

Noch viel größere Bedeutung als für die gelegentliche Bereitstellung eines Ersatzfahrzeugs zu einem Freundschaftspreis durch die Werkstatt haben die hier angestellten Überlegungen im Rahmen der von manchen Herstellern gewährten

*Mobilitätsgarantie*. Soll das daraus abgeleitete Abrufen eines Ersatzfahrzeugs bei Auslösung eines solchen Bedarfs wegen eines zurechenbaren Verhaltens eines Dritten den Schädiger entlasten? Der Geschädigte erleidet dann keine Gebrauchsbeeinträchtigung, weil er vorgesorgt hat. Wertungsmäßig ist dieser Fall des Nutzungsausfallschadens aber dem einer Kaskoversicherung beim Substanzschaden eines Fahrzeugs vergleichbar. Der Geschädigte zahlt ein Entgelt dafür, dass er bei Entstehen eines Bedarfs abgesichert ist. Ist dafür freilich ein Dritter einstandspflichtig, entlastet das den Ersatzpflichtigen nicht. Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten geht im Wege der Legalzession gem. § 86 VVG (§ 67 VVG a. F.) auf den Kaskoversicherer über. Die Verfasser von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Autohersteller sind gut beraten, einen ähnlichen Mechanismus bei Einräumung einer Mobilitätsgarantie vorzusehen. ■

33 BGH, NJW 1975, 255 = VersR 1975, 261.

34 NJW 2008, 913.

## Kommentar

Dr. Joachim Jahn, Frankfurt a. M.

### Europarichter überziehen ihre Kompetenzen\*

#### I. Einführung

Ob der „Reformvertrag“ für die Europäische Union (EU) – eine im Wesentlichen nur kosmetisch veränderte Variante des gescheiterten „Verfassungsvertrags“ – die Zuständigkeiten der Gemeinschaft auf das gebotene Maß zurechtstutzen und dem Subsidiaritätsprinzip endlich zur gebotenen Geltung verhelfen wird, ist mehr als fraglich. Jedenfalls fordert auch auf der Basis des geltenden Rechts die Rechtsprechung des *EuGH* zu massiver Kritik heraus. Die Neigung der Luxemburger Richter zur größtmöglichen Bejahung von Brüsseler Zuständigkeiten durch ihre „originäre“ Rechtsschöpfung muss gestoppt werden. Auch gegenüber der Judikatur des *EGMR* sind erhebliche Einwände angebracht.

Der *EuGH* neigt systematisch zur größtmöglichen Auslegung und Bejahung von Zuständigkeiten der EU. Das Prinzip der Luxemburger Richter lautet: „in dubio pro Brüssel“. Wissenschaftlich statt journalistisch formuliert heißt die Formel: „in dubio pro unione“ (krit. *Stern*, AnwBl 2007, 591). Zuständigkeiten und Spielräume der Mitgliedstaaten schwinden dadurch zusehends. Immer mehr Normen werden fern von den Staatsbürgern und ihren regionalen sowie kulturellen Eigenheiten beschlossen; der Wettbewerb politischer Lösungsmöglichkeiten als Ausdruck von Vielfalt und als Entdeckungsverfahren wird ausgeschaltet. Die Folge ist ein zunehmend zentralistisches Einheitsrecht, das von Kommissionsbeamten und Lobbyisten geprägt wird. Recht wird noch unüberschaubarer, hypertropher und multipliziert sich auf den verschiedenen Regelungsebenen. Der Rechtsstaat gerät damit zwangsläufig weiter zum Richterstaat (zu diesem Begriff *Rüthers*, FAZ v. 27. 12. 2006, S. 31).

Auch eine wachsende Beteiligung des Europaparlaments kann dieses Demokratiedefizit durch die fortschreitende Verrechtlichung keineswegs ausgleichen (anders *Hirsch*, ZRP 2007, 69). Denn dessen Abgeordnete sind ebenfalls an einer Ausweitung europäischer Machtbefugnisse interessiert und den einzelnen Bürgern naturgemäß wenig bekannt. Das Feh-

len einer gemeinsamen Sprache, wirklich grenzüberschreitender Presseorgane und europaweiter Parteienvereinigungen kommen hinzu. Die damit einhergehende Überreglementierung begünstigt immer neue Versuche der Eurokratie, geradezu kabarettreife Richtlinien durchzusetzen – vom Schutz von Arbeitnehmern vor Strahlengefahren, was Kellnerinnen in bayerischen Biergärten unter Sonnenschirme oder in verummende Berufskleidung gezwungen hätte, bis zu einem oktroyierten Lärmschutz, der jetzt sogar undifferenziert Orchestermusikern die Betätigungsmöglichkeiten (und ihren Zuhörern den Aufführungsgenuss) zu beschränken droht. Dieser Entwicklung muss entgegengewirkt werden (fulminant und dennoch abgewogen dargelegt hat diesen Irrweg *v. Arnim*, NJW 2007, 2531); eine Forderung, die übrigens keineswegs einen Appell zu einer weder erstrebenswerten noch möglichen Rückkehr zu „nationalen Inseln“ oder gar zu einem überwundenen Nationalismus bedeutet. Der „Anwendungsvorrang“ des EU-Rechts darf überdies nicht länger dazu führen, dass – im Gegensatz zum deutschen Verfassungsrecht mit seiner bewährten Verwerfungskompetenz des *BVerfG* – sogar erstinstanzliche Fachgerichte formelle nachkonstitutionelle Gesetze auf eigenen Ratschluss hin nicht mehr anwenden, weil diese gemeinschaftsrechtswidrig seien (vgl. *Thüsing*, FAZ v. 13. 6. 2007, S. 25; *Löw*, BB 2008, 49).

#### II. Methodenwillkür

Die Luxemburger Richter schrecken dabei nicht einmal davor zurück, „ungeschriebene Grundsätze“ des Gemeinschaftsrechts zu postulieren, um selbst die von Politikern auf europäischer Ebene gesetzten Grenzen von Normen zu überspringen.

Besonders deutlich gemacht hat dies die Debatte um den deutschen Arbeitsrechtsfall „Mangold“: Nicht einmal, dass dieser erkennbarerweise von den beiden „Prozessgegnern“ gezielt konstruiert und vorgetauscht worden war, nur um eine in Deutschland parlamentarisch

\* Der Autor ist Wirtschaftsredakteur der FAZ und Lehrbeauftragter der Universität Mannheim.

## Nutzungsausfallentschädigung nur bei fühlbarem wirtschaftlichem Nachteil

BGB § 249

**Steht nach Beschädigung eines gewerblich genutzten Kraftfahrzeugs dem Geschädigten ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug zur Verfügung und werden ihm die Kosten für dessen Anmietung erstattet, so kann ihm eine Nutzungsausfallentschädigung schon mangels eines fühlbaren wirtschaftlichen Nachteils nicht zugebilligt werden.**

BGH, Urteil vom 4. 12. 2007 - VI ZR 241/06 (OLG Karlsruhe)

BGH: Nutzungsausfallentschädigung nur bei fühlbarem wirtschaftlichem Nachteil (NJW 2008, 913)

914 ▲



### Zum Sachverhalt:

Die Kl. verlangt Nutzungsausfallentschädigung nach einem Unfall vom 6. 4. 2003, für den die Bekl. dem Grunde nach uneingeschränkt haften.

Bei dem Unfall wurde ein der Kl. gehörender Firmenwagen beschädigt, der als Geschäftsführerfahrzeug benutzt und zum Unfallzeitpunkt vom Ehemann der Geschäftsführerin gefahren wurde. Das stark beschädigte Fahrzeug wurde in der Zeit vom 22. 4. 2003 bis 27. 6. 2003 in einem Autohaus repariert. Dieses hatte der Kl. am 11. 4. 2003 ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug zur Verfügung gestellt, welches die Kl. bis zum 30. 6. 2003 genutzt hat. Hierfür wurden ihr 1500 Euro brutto pauschal in Rechnung gestellt. Die Kl. hat unter anderem eine Nutzungsausfallentschädigung für 82 Tage à 91 Euro abzüglich vorprozessual gezahlter 1109,63 Euro geltend gemacht.

Das LG hat ihr für den Zeitraum des Nutzungsausfalls eine Entschädigung für fünf Tage und die von ihr gezahlten Mietwagenkosten abzüglich des vorprozessual gezahlten Betrags zugesprochen. Das OLG hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen, mit der diese nur den erstinstanzlich geltend gemachten Nutzungsausfall in voller Höhe weiterverfolgt hat. Die Revision der Kl. blieb ohne Erfolg.

### Aus den Gründen:

I. [4] Nach Auffassung des BerGer. steht der Kl. für den gewerblich genutzten Pkw schon dem Grunde nach kein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung zu. Beim Ausfall eines gewerblich genutzten Fahrzeugs bemesse sich der Schaden allein nach dem entgangenen Gewinn, den Vorhaltekosten eines Reservefahrzeugs oder der Miete eines Ersatzfahrzeugs. Da die entgangene Nutzungsmöglichkeit unter den in § 252 BGB genannten Voraussetzungen als entgangener Gewinn ersatzfähig sei, bestehe für eine Fortbildung des Gesetzes – anders als bei eigenwirtschaftlich genutzten Fahrzeugen – methodisch kein Raum. Die der Kl. tatsächlich entstandenen Kosten (Mietwagen zu einem „Freundschaftspreis“) habe das LG zuerkannt. Soweit das beschädigte Fahrzeug auch privat – durch den Ehemann der Geschäftsführerin der Kl. – genutzt worden sei, fehle es an einem Schaden der Kl. Darauf, ob wegen der Nutzung eines Mietwagens eine fühlbare Beeinträchtigung als Voraussetzung einer Nutzungsausfallentschädigung gefehlt habe, und ob die Zurverfügungstellung eines Mietfahrzeugs zu einem „Freundschaftspreis“ dem Schädiger zugute kommen könne, komme es somit nicht an.

II. [5] Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

[6] 1. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats kommt eine Entschädigung für zeitweise entzogene Gebrauchsvorteile auch bei gewerblich genutzten Fahrzeugen, Behördenfahrzeugen oder Fahrzeugen gemeinnütziger Einrichtungen in Betracht, falls sich deren Gebrauchsentbehrung nicht unmittelbar in einer Minderung des Gewerbeertrags (entweder in entgangenen Einnahmen oder über die mit der Ersatzbeschaffung verbundenen Unkosten) niederschlägt (vgl. BGHZ 70, 199 [203f.] = NJW 1978, 812; NJW 1985, 2471 = VersR 1985, 736 [737]). Wo das Fahrzeug unmittelbar zur Erbringung gewerblicher Leistungen dient, wie etwa bei einem Taxi oder Lkw, muss der Geschädigte den Ertragsentgang konkret berechnen (vgl. BGHZ 70, 199 [203] = NJW 1978, 812). Wenn aber kein konkret bezifferbarer Verdienstentgang vorliegt, ist es dem Geschädigten grundsätzlich nicht verwehrt, an Stelle des Verdienstentgangs eine Nutzungsausfallentschädigung zu verlangen, wenn

deren Voraussetzungen vorliegen, also insbesondere ein fühlbarer wirtschaftlicher Nachteil für den Geschädigten eingetreten ist (vgl. BGHZ 66, 239 [249] = NJW 1976, 1396; NJW 1985, 2471 = VersR 1985, 736 [737]; vgl. auch BGHZ 40, 345 [353] = NJW 1964, 542).

[7]2. Mit dem Nutzungsausfall befasst sich auch eine später ergangene Entscheidung des *Großen Zivilsenats* des *BGH*. Dort heißt es, dass über die Fälle der Eigennutzung eines Kraftfahrzeugs hinaus jedenfalls bei Sachen, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung des Eigentümers derart angewiesen sei wie auf das von ihm selbst bewohnte Haus, der zeitweise Verlust der Möglichkeit zum eigenen Gebrauch infolge eines deliktischen Eingriffs in das Eigentum bereits ein ersatzfähiger Vermögensschaden sein könne, sofern der Eigentümer die Sache in der Zeit ihres Ausfalls entsprechend genutzt hätte (BGHZ [GS] 98, 212 [216ff.] = NJW 1987, 50). Bei erwerbswirtschaftlichem, produktivem Einsatz einer Sache werde die Verkürzung ihres Nutzungswerts im Wesentlichen durch einen Gewinnentgang ausgewiesen, dessen Ersatz § 252 S. 1 BGB ausdrücklich anordne. Diese Vorschrift unterstreiche die schadensrechtliche Bedeutung, die der Gesetzgeber Ausfällen im erwerbswirtschaftlichen, vermögensmehrenden Einsatz von Wirtschaftsgütern beigemessen habe; eine entsprechende Vorschrift für die eigenwirtschaftliche Nutzung des Vermögens fehle. Hieraus könne indes nicht gefolgert werden, dass das Gesetz sich gegen den Geldersatz für Einbußen im eigenwirtschaftlichen Einsatz von Wirtschaftsgütern entschieden habe, die sich nicht in einem Gewinnentgang niederschlugen. Deshalb sei eine Fortentwicklung des Gesetzes zulässig, wenn gewährleistet bleibe, dass der Ersatz nicht zur abstrakten Nutzungsentschädigung werde, die das BGB nur ausnahmsweise zulasse. Dem trage die Rechtsprechung zur Nutzungsentschädigung für Kraftfahrzeuge Rechnung, indem sie mit dem Begriff des „fühlbaren“ Schadens an den Ersatz das Erfordernis knüpfe, dass der Geschädigte zur Nutzung des Kraftfahrzeugs willens und fähig gewesen wäre. Freilich müsse eine derartige Ergänzung des Gesetzes auf Sachen beschränkt bleiben, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise angewiesen sei (vgl. BGHZ [GS] 98, 212 [219f., 222] = NJW 1987, 50).

[8]Hervorzuheben ist, dass mit dieser Entscheidung die bisherige Rechtsprechung zur Nutzungsentschädigung bei Kraftfahrzeugschäden in keiner Weise in Frage gestellt oder eingeschränkt, sondern im Gegenteil als Grundlage für die Gewährung von Nutzungsentschädigung für vergleichbare Sachen herangezogen wird, die für die hierauf zugeschnittene Lebenshaltung unentbehrlich sind. Dies wird am Beispiel des privaten Nutzers eines Kraftfahrzeugs erläutert, für den die Einsatzfähigkeit seines Fahrzeugs häufig die Grundlage für die Wirtschaftlichkeit seiner hierauf zugeschnittenen Lebenshaltung sei, insbesondere wenn er als Berufstätiger auf das Kraftfahrzeug angewiesen sei (vgl. BGHZ [GS] 98, 212 [218] = NJW 1987, 50).

[9]3. a) Gleichwohl wird die Entscheidung vielfach dahin verstanden, dass bei gewerblich genutzten Fahrzeugen eine Nutzungsentschädigung nicht in Betracht komme, sondern sich in diesen Fällen der Schaden nur nach dem entgangenen Gewinn, den Vorhaltekosten eines Reservefahrzeugs oder den Mietkosten für ein Ersatzfahrzeug bemesse, die jeweils konkret darzulegen und nachzuweisen seien (vgl. *OLG Brandenburg*, OLG-Report 1996, 76; *OLG Köln*, NZV 1997, 311 = VersR 1997, 506; *OLG Düsseldorf*, NZV 1999, 472; *OLG Hamm*, OLG-Report 2000, 169 [170], und OLG-Report 2000, 211 [213]; *OLG Düsseldorf*, NJW 2002, 971; *OLG Hamm*, NJW-RR 2004, 1094 = VersR 2004, 1572; *OLG Karlsruhe*, OLG-Report 2006, 659 [660f.]; *LG Halle*, NZV 2003, 34 = VersR 2002, 1525 [1527]; *Schubert*, in: *Bamberger/Roth*, BeckOK-BGB, 2. Aufl., § 249 Rdnr. 27; *Lemcke*, in: *Anwalts-Hdb. Verkehrsrecht*, 2003, Teil 3 Rdnr. 267; *Greger*, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, 4. Aufl., § 25 Rdnr. 52; *Himmelreich/Halm/Schmelcher*,

BGH: Nutzungsausfallentschädigung nur bei fühlbarem wirtschaftlichem Nachteil (NJW 2008, 913)

915 ▲  
▼

Hdb. d. Fachanwalts für VerkehrsR, 2006, Kap. 5 Rdnrn. 54f.; *Oetker*, in: *MünchKomm*, 5. Aufl., § 249 Rdnrn. 58ff., 64; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl., Vorb. § 249 Rdnr. 24a; *Staudinger/Schieman*, BGB, Neubearb. 2005, § 251 Rdnrn. 81, 85; *Wenker*, VersR 2000, 1082 [1083]). Andere sind der Auffassung, die Entscheidung schließe eine Nutzungsausfallentschädigung auch für gewerblich genutzte Fahrzeuge bei Vorliegen der dafür geforderten Voraussetzungen nicht aus (vgl. *OLG Hamm*, NZV 1994, 227 [228]; *OLG Köln*, NZV 1995, 401 = VersR 1995, 719 [720]; *OLG Düsseldorf*, OLG-Report 2001, 453; *OLG Stuttgart*, NZV 2005, 309 = BeckRS 2005, 12137; *OLG Schleswig*, OLG-Report 2005, 601 [602]; *OLG Stuttgart*, NJW 2007, 1696 = NZV 2007, 414 [415f.]; *Diehl*, ZfS 2001, 546; *Erman/Kuckuk*, BGB, 11. Aufl., § 249 Rdnr. 58; *Reitenspiess*, DAR 1993, 142 [144ff.]; *Deutscher Verkehrsgerichtstag* 1993, Arbeitskreis VI, NZV 1993, 102 [104]; *Zeuner*, NZV 1990, 349).

[10]b) Der *Senat* neigt der letztgenannten Auffassung zu, braucht aber diese Frage im vorliegenden Fall nicht

abschließend zu entscheiden. Schon nach der bisherigen Rechtsprechung des erkennenden *Senats* kommt eine Nutzungsentschädigung nicht in Betracht, weil es an einer fühlbaren Beeinträchtigung der Kl. fehlt. Nach den von den Instanzgerichten getroffenen Feststellungen stand der Kl. nämlich für den hier maßgeblichen Zeitraum ein gleichwertiger Mietwagen zur Verfügung. Infolgedessen liegt weder ein fühlbarer wirtschaftlicher Nachteil für die Kl. noch überhaupt ein Schaden vor, nachdem ihr die Mietwagenkosten zugesprochen worden sind. Darauf, ob das Fahrzeug zu einem „Freundschaftspreis“ zur Verfügung gestellt wurde, kommt es nicht an. Eine andere Betrachtung widerspräche dem Verbot, sich durch Schadensersatz zu bereichern, weil der Geschädigte am Schadensfall nicht „verdienen“ soll (vgl. BGHZ 162, 161 [165] = NJW 2005, 1108 m.w. Nachw.).

---

#### **Anm. d. Schriftlgt.:**

S. zur Nutzungsausfallentschädigung bei gewerblich genutzten Fahrzeugen *OLG Stuttgart*, NJW 2007, 1696; zu Behördenfahrzeugen *OLG Hamm*, NJW-RR 2004, 1094.